



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 821 DEL 18 settembre 2019

OGGETTO: Riesame delibera n. 574/19 – Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da DAB S.r.l. – Servizio di ristoro mediante installazione e gestione di distributori automatici/bevande presso la Casa Circondariale di Cagliari – Uta – S.A. Ministero della Giustizia – Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria – Casa Circondariale Cagliari - Uta “Ettore Scalas” - Importo a base d’asta: non indicato

PREC 70/19/S

Il Consiglio

VISTA la delibera Anac n. 574/2019, resa su istanza singola di precontenzioso della ditta DAB S.r.l., con la quale si riteneva, con parere non vincolante, che l’operato della S.A., al di là della specifica contestazione avanzata dall’istante sulla mancata valutazione di congruità da parte della S.A. in ordine ai prezzi offerti dall’aggiudicataria GE.O.S. Sardegna S.p.a., fosse non conforme alla normativa laddove gli atti di gara risultavano carenti della stima del valore della concessione;

VISTA la nota prot. 64382 del 6 agosto 2019 dell’aggiudicataria GE.O.S. Sardegna S.p.a., con la quale essa ribadiva che l’importo della concessione nel caso di specie si poneva sicuramente sotto la soglia prevista per le concessioni, e rilevava che, secondo l’orientamento consolidato della giurisprudenza, la mancata indicazione del valore della concessione nei documenti di gara avrebbe dovuto essere eccepita entro il termine decadenziale di trenta giorni, restando quindi precluso di censurare tale vizio a gara ormai conclusa. La delibera Anac n. 574/19, a parere della GE.O.S. Sardegna S.p.a., non rispetterebbe dunque il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato e non sarebbe applicabile al caso di specie, tanto più che l’impresa istante DAB S.r.l., essendo il gestore uscente, e quindi perfettamente consapevole del valore generato dalla commessa, non avrebbe potuto lamentare una lesione dalla mancata indicazione del valore del contratto. La delibera in parola avrebbe dunque, quale unico fine, quello di tutelare un generico interesse, del tutto potenziale, a ripetere la procedura;

VISTA la nota prot. 69304 del 5 settembre 2019 con la quale la S.A. informava l’Ufficio di aver chiesto parere al Provveditorato Regionale dell’Amministrazione Penitenziaria e all’Avvocatura Distrettuale dello Stato al fine di meglio valutare le conseguenze di un eventuale annullamento della procedura, anche in considerazione della giurisprudenza in materia richiamata dalla GE.O.S. Sardegna S.p.a. In particolare, essa richiamava la sentenza resa dal T.A.R. Veneto n.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

348/2018 (confermata da Cons. Stato n. 6611/2018) la quale affermava la necessità di proporre tempestivamente ricorso contro la mancata enucleazione del valore della concessione e ammetteva la possibilità, qualora l'Amministrazione non fosse in grado, per motivi oggettivi, di indicare il valore presunto dell'affidamento, di fornire tutti gli elementi conosciuti, utili alla formulazione di un'offerta seria (potenziale bacino di utenza, costi e benefici correlati al servizio, corrispettivi pagati dai precedenti gestori ecc.);

RITENUTO, in relazione al lamentato carattere "extra petita" della delibera in parola, che la legge riconosce all'Anac poteri di generale vigilanza sui contratti pubblici, nonché di indirizzo e regolazione del mercato, e pertanto, nel caso di parere di precontenzioso non vincolante in quanto promanante da un'istanza singola, come nel caso di specie, l'Anac rileva e segnala comunque le eventuali condotte potenzialmente lesive dei principi comunitari di trasparenza e parità di trattamento, al fine anche di orientare la condotta delle stazioni appaltanti per le gare future, e che pertanto non possono sottacersi eventuali illegittimità riscontrate nel corso dei procedimenti;

VISTI i precedenti pareri con i quali, in numerosi casi, l'Autorità si è pronunciata con riferimento al problema della carente o errata individuazione del valore del contratto, che si riflette inevitabilmente sulla scelta della procedura applicabile, sull'importo delle garanzie richieste e sull'idoneo livello di pubblicità (V. parere di precontenzioso n. 104 del 17 giugno 2015, che richiama le deliberazioni n. 40 del 19 dicembre 2013 e n. 75 del 1 agosto 2012; deliberazioni n. 73 del 20 luglio 2011, n. 9 del 25 febbraio 2010 e n. 13 del 12 marzo 2010);

VISTA la giurisprudenza, la quale ha avuto modo di osservare che, nell'ipotesi in cui non sia possibile per l'Amministrazione calcolare il fatturato presunto, essa sia tenuta quantomeno a fornire indicazioni analitiche circa il potenziale bacino di utenza del servizio da affidare, dalle quali i concorrenti possano ragionevolmente ricavare il fatturato potenziale derivante dalla gestione del servizio (T.A.R. Veneto cit.; T.A.R. Lazio Sez. II, Sent. 24 marzo 2016, n. 3756);

CONSIDERATO che nel caso di specie non emerge se la S.A. fosse in condizioni o meno di conoscere i dati relativi al presunto valore del contratto, anche su base storica, ma anche che la lettera d'invito evidenziava il bacino di utenza e non emergevano specifiche contestazioni in ordine alla carente indicazione dell'importo presunto a base di gara;

RITENUTO, con riferimento allo specifico quesito posto inizialmente dall'istante DAB S.r.l., che nel caso di specie la S.A., in presenza di soli due concorrenti, non era tenuta ad attivare il procedimento di anomalia dell'offerta (art. 97, co. 3-bis d.lgs. 50/2016: «Il calcolo di cui ai commi 2, 2-bis e 2-ter è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque»), e che, in relazione alla verifica c.d. facoltativa della congruità (art. 97, comma 6, ultimo periodo d.lgs. 50/2016), l'orientamento della giurisprudenza è consolidato e univoco nel ritenere che



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

«l'amministrazione dispone di una discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Consiglio di Stato, 29 gennaio 2018 n. 604; 25 maggio 2017, n. 2460)» (Delibera n. 1126 del 5 dicembre 2018);

CONSIDERATO che, alla luce delle circostanze del caso concreto e del carattere non vincolante del parere reso, si ritiene di ribadire, in linea generale e per il futuro, il principio per cui è necessario che gli atti di gara rechino la stima presunta del valore della concessione oppure rechino, laddove l'amministrazione non sia in grado, per motivi oggettivi, di indicare il valore presunto dell'affidamento, di fornire tutti gli elementi conosciuti, utili alla formulazione di un'offerta seria;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- alla luce delle circostanze del caso concreto e del carattere non vincolante del parere reso, debba essere ribadito, in linea generale e per il futuro, il principio per cui è necessario che gli atti di gara rechino la stima presunta del valore della concessione oppure rechino, laddove l'amministrazione non sia in grado, per motivi oggettivi, di indicare il valore presunto dell'affidamento, di fornire tutti gli elementi conosciuti, utili alla formulazione di un'offerta seria ed informata.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26 settembre 2019

Il Segretario Maria Esposito